

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/37975>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-07 and may be subject to change.

Artikel

De gift voor de Nederlandse Antillen en Aruba

Bij een nieuw erfrecht hoort een modern schenkingsrecht

Prof. mr. F.W.J.M. Schols*

1 Een nieuwe overzeese titel 7.3 van het Burgerlijk Wetboek

In WPNR (2007) 6717 berichtte ik over de erfrechtelijke wetgevingsactiviteiten op de Nederlandse Antillen en Aruba. Ik besprak het voorontwerp met conceptdatum 16 april 2007. Inmiddels zijn er weer enkele kleine wijzigingen aangebracht, die ik later in dit artikel zal bespreken. Thans wil ik kort de aandacht vestigen op het voorontwerp van titel 7.3 Nieuw BW.¹ Dat het nieuwe erfrecht en het nieuwe schenkingsrecht hand in hand gaan, spreekt voor zich. Ook dit product van de Gemeenschappelijke Commissie Nieuw Burgerlijk Wetboek is opgesteld met bijstand van prof. mr. Jan de Boer.² Uit de toelichting op het voorontwerp blijkt dat onder meer het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba, de Antilliaanse en Arubaanse Notariële Vereniging, de Ordes van Advocaten van de Nederlandse Antillen en van Aruba en de verenigingen van belastingadviseurs van de Nederlandse Antillen en van Aruba reeds zijn geraadpleegd. Het zal dan waarschijnlijk ook wel niet lang meer duren voordat het stuk aan de ministers van Justitie wordt aangeboden.

2 Een zware Nederlandse basis

Het onderhavige schenkingsrecht (titel 3 van Boek 7 BW) is ontleend aan de Nederlandse wet van 18 april 2002 (Stb. 227), zo lezen we in de toelichting, maar zo blijkt ook al op het eerste gezicht. De toelichting is ontleend aan het zogenoemde 'Groene Boek' betreffende Boek 7,³ alsmede aan de Nederlandse Kamerstukken 17 213. Titel 7.3 van het voorontwerp is nagenoeg identiek aan het Nederlandse schenkingsrecht en heeft derhalve een minder 'eigen' karakter dan het voorgestelde nieuwe erfrecht. Dit is weliswaar eveneens geschied op de Nederlandse leest, maar hier zijn zoveel belangrijke wijzigingen aangebracht dat het predikaat '*made in Netherlands Antilles/Aruba*' niet misstaat. Ik hoef maar te wijzen op de voorgestelde afschaffing van de legitieme, de beperktere werking van de wettelijke verdeling en de uitgebreide (maar ook beperkte) 'andere wettelijke rechten' en de lezer weet genoeg. Leerzaam voor Nederland! Het verbaast overigens ook niet dat aan het schenkingsrecht minder geschraapt en geschaafd is dan aan het erfrecht. Schenkingsrecht is meer technisch van aard, terwijl erfrecht, meer dan het schenkingsrecht, bol staat van de emotie, cultureel is bepaald en dat bij het ontwerpen ervan rekening moet worden gehouden met de maatschappelijke situatie.

* freek@scholsburgerhartschols.nl.

1 Op basis van het concept van 18 juni 2007.

2 Lid van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba en adviseur van de Gemeenschappelijke Commissie Nieuw Burgerlijk Wetboek.

3 Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek van prof. mr. E.M. Meijers, ingevolge opdracht van de minister van Justitie opgesteld onder leiding van mr. F.J. de Jong, Toelichting, vierde gedeelte (Boek 7), 1972, p. 891-905.

Ook in de overzeese gebiedsdelen lijkt men derhalve te gaan werken met de begrippen ‘schenking’ en ‘gift’ en zal ook de herroepelijke schenking, de tweetrapsschenking, enzovoort haar intrede doen.

3 Geen ‘terugkeer’ van de bewijslast

Als ik het goed zie, zit het verschil met het Nederlandse schenkingsrecht in artikel 7:176 BW van het voorontwerp. Hier is bepaald:

‘Indien de schenker feiten stelt waaruit volgt dat de schenking door misbruik van omstandigheden is tot stand gekomen, rust bij een beroep op vernietigbaarheid de bewijslast van het tegendeel op de begiftigde, tenzij deze verdeling van de bewijslast in de gegeven omstandigheden in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou zijn.’

Wat valt op? Er is sprake van een ‘omkering van de bewijslast’. In Nederland keert evenwel de bewijslast terug op de schenker indien van de schenking een notariële akte is opgesteld (art. 7:176 BW). In de toelichting op het voorontwerp lees ik het volgende:

‘Anders dan in artikel 7:176 Ned. BW wordt, mede in verband met het voorgestelde artikel 4:43, eerste lid, geen uitzondering gemaakt voor het geval dat van de schenking een notariële akte is opgesteld. Wel zal die omstandigheid de bewijsleveringslast van de begiftigde vergemakkelijken, aangezien een onpartijdige buitenstaander getuige van de rechtshandeling is geweest.’

Het belang van de tussenkomst van de notaris wordt dus toch nog op waarde geschat, zij het slechts op toelichtingsniveau! Deze afwijking van het Nederlandse schenkingsrecht hangt ook samen met hetgeen in het Antilliaanse en Arubaanse voorontwerp in de artikelen 4:43 en 4:43a BW is voorgesteld. Daar is bepaald dat een uiterste wilsbeschikking onder omstandigheden toch kan worden vernietigd op de grond dat deze door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen. Ook op dit front geldt de omkering van de bewijslast.⁴ Overigens is het niet zo dat de notariële akte

ontbreekt in titel 7.3 van het voorontwerp. Net als in Nederland komt de notariële akte voor in artikel 7:177 lid 1 BW als vormvoorschrift ‘ter zake des doods’:

‘Voor zover een schenking de strekking heeft dat zij pas na het overlijden van de schenker zal worden uitgevoerd, en zij niet reeds tijdens het leven van de schenker is uitgevoerd, vervalt zij met het overlijden van de schenker, tenzij de schenking door de schenker persoonlijk is aangegaan en van de schenking een notariële akte is opgesteld. Voor zover de schenking betrekking heeft op kleren, lijfstoebehoren, bepaalde lijfsieraden, bepaalde tot de inboedel behorende zaken en bepaalde boeken, kan worden volstaan met een door de schenker geheel met de hand geschreven, gedagtekende en ondertekende onderhandse akte.’

Ook op de Nederlandse Antillen en Aruba zal de vraag rijzen of, bijvoorbeeld, de ‘papieren schenking’ een schenking is ‘die de strekking heeft om pas bij overlijden te werken’. De toelichting geeft helaas niet meer prijs dan de Nederlandse toelichting. Met enkele extra voorbeelden in de toelichting had de praktijk zijn voordeel kunnen doen. Het is nu aan de praktijk en de rechtspraak.⁵ Wellicht dat men de minister de vraag nog kan stellen tijdens de parlementaire behandeling. In Nederland is het er niet van gekomen. Ik ben benieuwd.

Anders dan in de Nederlandse parlementaire stukken wordt in de korte en krachtige toelichting op het voorontwerp geen speciale aandacht geschonken aan de verhouding tussen de schenking van artikel 7:177 BW en de ‘*snelle aanvaardingsregel*’ van artikel 7:175 lid 2 BW. Gelet op het belang voor niet alleen de Antilliaanse en Arubaanse praktijk, maar ook de Nederlandse, wil ik toch nog een enkele passage uit de Nederlandse toelichting lichten. De problematiek werd overigens al behandeld in *EstateTip Review*,⁶ waar ik nog eens bij te rade ben gegaan. Artikel 7:175 lid 2 BW luidt zowel in Nederland als in het voorontwerp als volgt:

‘Het tot een bepaalde persoon gericht schenkingsaanbod geldt als aangenomen, wanneer deze na er van kennis te hebben genomen het niet onverwijld heeft afgewezen.’

Voor een ‘artikel 7:177 BW-schenking’ dient de schenker persoonlijk te verschijnen. Stel, de schenker doet het aanbod persoonlijk bij notariële akte en de begiftigde, die terstond van het aanbod op de hoogte is en dit niet onverwijld afwijst, legt de aanvaarding pas later bij notariële akte vast. Wat is dan de stand van zaken? De Nederlandse minister reageerde op een nagenoeg gelijklopende vraag als volgt:

4 Art. 4:43 lid 1 BW van het voorontwerp bepaalt: ‘Niet vatbaar voor vernietiging op de grond dat zij door misbruik van omstandigheden is tot stand gekomen is een uiterste wilsbeschikking getroffen ten voordele van iemand die bloed- of aanverwant tot de vierde graad, stief- of pleegkind dan wel echtgenoot of andere levensgezel van de erflater is. Is een beroep op misbruik van omstandigheden toegelaten, dan is wat betreft de verdeling van de bewijslast artikel 176 van Boek 7 van overeenkomstige toepassing.’ In art. 4:43a BW is bepaald:

‘1. Indien een huwelijk dat door de dood is ontbonden niet meer dan vijf jaren heeft geduurd en daaruit geen kind is geboren, kan degene die daarbij een onmiddellijk belang heeft, op de grond dat het huwelijk door misbruik van omstandigheden is gesloten, vorderen dat de rechter de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk beperkt of uitsluit. Artikel 54 is van overeenkomstige toepassing.’

2. Wat betreft de verdeling van de bewijslast is artikel 176 van Boek 7 van overeenkomstige toepassing.’

5 Ik verwijs ondertussen naar mijn dissertatie *Quasi-erfrecht met bindende elementen*, Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht, Deventer: Kluwer, p. 116 e.v. en de daar aangehaalde literatuur.

6 B.M.E.M. Schols, W. Burgerhart & F.W.J.M. Schols, De ‘snelle aanvaardingsregel’ en de notariële vastlegging, *EstateTip Review* 2005-16, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij.

‘Hierover zou ik de commissie willen antwoorden dat toepasselijkheid van de regel van artikel 7:175 lid 2 geenszins in de weg hoeft te staan aan het voor schenkingen terzake des doods stellen van de nadere eis van notariële vastlegging van de gehele overeenkomst. In veel gevallen zal men aan de zogenoemde “*snelle aanvaardingsregel*” van artikel 7:175 lid 2 niet toekomen, namelijk wanneer aanbod en aanvaarding gelijktijdig in één notariële akte worden vastgelegd. Zou van het aanbod een aparte notariële akte zijn opgemaakt en zou deze ter kennis van de aspirant-begiftigde komen, dan zal weliswaar ingevolge artikel 7:175 lid 2 de aangeboden schenking tot stand komen, maar zolang deze schenking niet alsnog in zijn geheel notarieel is vastgelegd, zal zij door het overlijden van de schenker komen te vervallen (artikel 7:177 lid 1, eerste zin).’⁷

Het onderhavige stukje tekst kan van groot belang zijn in een casus waarin de schenker nog net ‘*fiscaal op tijd*’ de schenkingsakte, althans het aanbod, kan tekenen, het aanbod de begiftigde tijdig bereikt (afschrift akte), maar de begiftigde pas later in staat is de aanvaarding vast te leggen. De begiftigde hoeft de akte van aanvaarding niet persoonlijk te tekenen; hij kan vertegenwoordigd worden. Wel is een notariële akte van aanvaarding vereist, echter niet voor het *totstandkomen* van de schenking, maar voor de beantwoording van de vraag of de schenking niet vervalt bij het overlijden van de schenker. De minister merkt nog het volgende op:

‘Hoewel artikel 7:177 de eis stelt dat van de schenking zelf een notariële akte is opgemaakt, bestaat er *geen bezwaar tegen* om daarmee gelijk te stellen het geval dat de overeenkomst niet als geheel in één akte is vastgelegd,

doch het aanbod en de daarop aansluitende aanvaarding in *afzonderlijke aktes* zijn neergelegd. Daarbij dient in verband met artikel 3:37 lid 3 BW uit de laatste akte wel te blijken dat de daarin gerelateerde verklaring van aanvaarding de schenker heeft bereikt. Dat kan bijvoorbeeld door medeondertekening door de schenker. Denkbaar is ook dat de schenker een ander *bijvoorbeeld de notaris, machtigt* tot het in ontvangst nemen van de aanvaardingsverklaring (artikel 3:60 lid 2 BW).’

Mede gelet op de verwijzing naar de Nederlandse toelichting in de toelichting op het voorontwerp van de Antillen en Aruba en het feit dat de wetteksten identiek zijn, zullen deze passages ook wel opgeld doen voor onze rijksgenoten. In die zin is het geen gemis dat de passages in de toelichting ontbreken, hetgeen niet wegneemt dat de praktijk met de mededelingen van de minister (en de voorgestelde handelwijze) zijn voordeel kan doen. Als ik de kans zou krijgen, zou ik wel praktijkvragen van deze aard nog eens voorleggen aan de minister, al dan niet overgoten met een fiscale saus.

4 Tot slot

Er wordt hard gewerkt. Ook de nieuwe schenkingsregeling krijgt vorm op de Nederlandse Antillen en Aruba. De gelijkens van het voorontwerp met de Nederlandse regeling is erg groot, hetgeen verklaarbaar is. De echte gift voor onze rijksgenoten is echter het eigen erfrecht. Men krijgt onder meer, met de afschaffing van de legitieme, testeervrijheid geschonken, die slechts genuanceerd beperkt wordt. Het is nu afwachten of deze gift snel aanvaard wordt. ■

⁷ Kamerstukken II 2000/01, 17 213, nr. 6, nota naar aanleiding van het verslag, p. 2.